

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学 号: 13020121150227

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

民意监督与司法独立：冲突及其应对

The Supervision of Public Opinion and Judicial
Independence: Conflict and its Solution

任 建 科

指导教师姓名: 刘学敏 副教授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2015 年 3 月

论文答辩时间: 2015 年 月

学位授予日期: 2015 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2015 年 3 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1.经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2.不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

民意是指在公共事务或现象上,为多个特定或不特定的社会成员所共同秉持并宣扬的意见、情感和行为倾向的总称,它是非官方的,亦非单个人的。民意本身是基于宪法性的言论自由权与公民监督权而产生的,是不可被限制或剥夺的;但同时因为民意本身所固有的非专业性、非理性、不稳定性、易受操控性等四大缺陷,因而导致民意对于司法案件的评价与法律评价难以一致。而司法活动毕竟是专业性的活动,有自身的规律和特点,要实现司法公正必须坚持司法独立,裁判必须仅仅依靠事实和法律来作出。两者皆不可动摇亦不可妥协,方使得两者之间的冲突尤为令人担忧。

民意其实也并非完全与司法独立的原则相对立的。民意有两种截然不同的形态:实体评论性民意与程序监督性民意。后者其实完全无损于司法独立,往往还以司法独立原则的保护者身份出现。只有在司法机关坚持严格按照法律的要求进行审判,而实体评论性民意则坚持要求判决要符合自己的朴素的道德正义感与简单的逻辑推理时,民意监督与司法独立之间的冲突始得显现。更进一步说,这场冲突的实质,是实体评论性民意与法律之间的冲突。但是因为法律是制度化、规范化的民意,是具有最高效力的民意。因此,解决两者之间的冲突,要么通过立法程序将民意制度化为法律;要么司法机关在个案中极力回避实体评论性民意的影响,坚持适用具有更高效力的法律。然而,前者主要讨论的是民意与立法之间的关系,本文提出这个观点,只是为了给妄图超越法律干预司法的实体评论性民意指明其表达意见和诉求的真正对象,从而让人们更为清晰地理解民意与司法之间的关系,即立法必须听取民意,而司法则只能排他性地依靠事实和法律,或者说司法只能通过严格依照法律进行审判来顺应具有更高效力的制度化民意。

实践中,基于对言论自由的尊崇与保护,美德两国以及马德里准则对民意均采自由放任的政策,只是会对具备强大的传播与煽动能力的新闻媒体的报道行为进行极其有限的规制;另一方面也从司法的角度设立相应的机制以使司法避开民意的冲击。本文对我国在处理民意监督与司法独立冲突问题上的建议亦是基于以上的理论分析与实践经验。但也表明了自己的独特看法:“对于民意只能予以教育与引导”,并提出了相应的具体做法。

关键词: 民意监督; 司法独立; 冲突

ABSTRACT

Public opinion is a generic name of view, emotion and behavior disposition shared and publicized by a great deal of specific or unspecific members of society on public affairs or phenomena. It's neither official nor private. Public opinion is rooted in constitutional right of free speech and supervision, thence not be restricted nor denied. But due to the four defects of public opinion, namely unprofessional, irrational, unstable and easily controlled, the evaluation of public opinion and legal evaluation can hardly reach an agreement in judicial cases. Moreover, judiciary is a professional activity after all, and has its own rules and characteristics. To realize judicial justice, judicial independence must be upheld, and judgment must stand only on issues of fact and law. Public opinion and judiciary both are unshakable and uncompromising so that the conflict between them is so worrying.

Actually public opinion is not completely opposite to the principal of judicial independence. Public opinion has two contrasting forms: substantive comments of public opinion and procedure supervision of public opinion. In fact, the latter not only does no harm to judicial independence but also often acts as a protector of this principal instead. The conflict will emerge, only when judicial authority insists judging strictly by law, yet substantive comments of public opinion requires the judgment coincident with their unenlightened moral sense of justice and simplistic logic reasoning. Further to say, its essence is a conflict between substantive comments of public opinion and current law. Meanwhile, law is institutionalized and standardized public opinion. Therefore, to resolve the conflict, the alternative method is institutionalizing public opinion into law by legislative procedure or judicial authority sparing no effort to avoid the effect of judicial authority in individual cases but insisting applying law which has higher validity. Yet, the former method mainly discusses the relationship between public opinion and legislation. That this article puts forward this method aims to point out a true object to express opinions and appeals for substantive comments of public opinion, which attempts to interfere with justice above law. Thus, the relationship between public opinion and judiciary will be

understood more lucidly. Namely, legislation must listen to public opinion, while judicial trial shall only rely on fact and law exclusively. Or, judiciary shall respond to public opinion only by insisting strictly applying the institutionalized public opinion which has higher validity.

In practice, based on the respect and protection to freedom of speech, America, German and The Madrid Principles have adopted a *laissez-faire* policy on public opinion; only carried out an extremely limited restriction on news media that possesses formidable capacity to disperse and incite. On the other hand, from points of judiciary, corresponding mechanism have been established to avoid judicial trial from the strike of public opinion. Based on the theoretical analysis and practical experience above, some proposals, are supposed by this essay to deal with the conflict between the supervision of public opinion and judicial independence. Among them, an individual insight, that public opinion shall only be educated and conducted is delivered; and some concrete measures are raised correspondingly.

Key words: The Supervision of Public Opinion; Judicial Independence; Conflict

目 录

导 言	1
一、选题意义	1
二、本文结构	1
第一章 基本概念	3
一、民意的界定	3
二、司法独立	5
第二章 民意监督与司法独立冲突的原因与实质	6
第一节 民意监督与司法独立冲突的原因	6
一、民意的缺陷	6
二、民意的权利属性	9
三、民意监督与司法独立的冲突	11
四、冲突的意识形态依据	12
第二节 司法独立与民意监督冲突的实质	13
一、司法独立与民意监督的某种共通	13
二、民意的两种形态：实体评论性民意和程序监督性民意	13
三、冲突的实质	14
第三章 实践中的应对	16
第一节 域外经验	16
一、美国	16
二、德国	17
三、马德里准则	18
第二节 对我国的建议	19
一、对于民意只能予以教育与引导	19
二、司法要避开民意锋芒	23
结 语	25
参考文献	26

CONTENTS

Preface.....	1
Section 1 The Meaning of Research	1
Section 2 Text Structure	1
Chapter 1 Basic Conception	3
Section 1 The Definition of Public Opinion	3
Section 2 Judicial Independence	5
Chapter 2 The Reason and Essence of the Conflict between the Supervision of Public Opinion and Judicial Independence.....	6
Subchapter 1 The Reason of the Conflict between the Supervision of Public Opinion and Judicial Independence	6
Section 1 The Defects of Public Opinion.....	6
Section 2 The Attribute of Right in Public Opinion.....	9
Section 3 The Conflict between the Supervision of Public Opinion and Judicial Independence.....	11
Section 4 The Ideological Foundation of the Conflict	12
Subchapter 2 The Essence of the Conflict between the Supervision of Public Opinion and Judicial Independence	13
Section 1 A Certain Overlap between the Supervision of Public Opinion and Judicial Independence	13
Section 2 Two Forms of Public Opinion: Critical Public Opinion to Substance and Supervisory Public Opinion to Procedure	13
Section 3 The Essence of the Conflict	14
Chapter 3 The Solution in Practice.....	16
Subchapter 1 Experience Abroad.....	16
Section 1 America	16
Section 2 German.....	17

Section 3 The Madrid Principles	18
Subchapter 2 Proposals to China	19
Section 1 Public Opinion Shall only be Educated and Conducted	19
Section 2 Judiciary Shall Avoid the Strike of Public Opinion	23
Conclusion	25
Bibliography	26

导 言

一、选题意义

近些年来，在我国具有一些特殊意义的司法案件，如孙志刚案、佘祥林案、刘涌案、彭宇案、许霆案、药家鑫案、李昌奎案等，都曾一度在全国引发重大的社会反响，各路观点和意见激烈交锋。但是在这之中，也往往会有某种观点和意见获得众多人的支持，从而汇聚起强大的民意浪潮，对法院的独立审判进行严重的冲击。尤其是在司法民主化大行其道的时代，同时在强求法律效果与社会效果相统一的背景下，法官仅仅根据事实和法律来审理案件的“理想”时常遭受着现实中“民意”的蚕食。尽管民意的存在本身及其对司法的影响有一定的合理性，毕竟这是一个歌颂民主的时代，而且其实践中也有积极的一面，但与此同时，由其引发的消极后果也令人瞠目。民意施加的影响力超过一定界限便成了“干预”，严重冲击着司法独立这一司法制度中的关键原则，进而影响到司法公正。眼下，我国对民意监督与司法独立之间的关系尚未梳理出一条泾渭分明的界限，这究竟是对司法的正当监督还是对司法的不正当干涉，学界也是争论不休。

公民在宪法上享有对一切国家机关及其工作人员的监督权，司法机关及其人员自然也不例外。而且，表达自由也是公民的一项宪法性权利，在公共事件上发表自己的看法，是公民的自由。更何况，司法公开也是司法活动的一项基本原则，该原则本来就是要求司法活动要公开进行，要在公民的监督下进行。但是，在信息时代，个人观点很容易凝聚成汹涌的民意，从而给具体审理案件的法官造成巨大压力，也给司法独立、司法公正造成冲击。

因此，如何明晰地理清民意与司法之间的关系，如何清楚地划定公民对司法活动监督权的界限，司法又如何应对民意的干涉倾向，这是本文所要试图回答的几个问题。而这些问题，如果能够得到圆满的解决，将对我国目前司法与民意之间的乱象提供一点助益。

二、本文结构

本文第一章首先对本文两个重要的概念“民意”、“司法独立”进行界定。在众多学者对民意的观点进行简单介绍与评价之后，笔者提出了自己对民意的定义：

民意是指在公共事务或现象上，为多个特定或不特定的社会成员所共同秉持并宣扬的意见、情感和行为倾向的总称，它是非官方的，亦非单个人的。至于司法独立，则没有太多争议之处，不必过多着墨，稍加论述即可。

第二章是本文最为重要的一章。本章第一节对司法独立与民意监督之间产生冲突的原因做了如下分析：首先民意天生附着着群体的固有缺陷，如非专业性、非理性、不稳定性、易受操控性等；但是民意本身却是基于宪法上所规定的公民的言论自由权与公民对公权力的监督权而自然引申而成，固然其本身有着上述四大缺陷，仍然没有足以对抗公民基本权利的理由对其进行限制。其次，司法独立也是为了确保司法公正而必须坚持的一项原则。民意监督与司法独立皆不可动摇不可妥协，如此，便产生了激烈的冲突。再加上我国对“司法的政治性、人民性”的强调，这种冲突显得更为剧烈，司法独立也更为脆弱。本章第二节对司法独立与民意监督冲突的实质进行了理论上的深入分析，提出了民意的两种形态——实体评论性民意与程序监督性民意——的观点；还通过对“司法独立是依照法律进行审判”与“法律是制度化的民意”的分析，进一步指出，司法独立与民意监督冲突的实质是实体评价性民意与现行法律之间的冲突。由此，笔者提出，解决冲突的唯一方法：一是民意通过立法程序修改具有普遍意义的法律；二是司法机关在个案中极力回避实体评论性民意的影响，坚持适用具有更高效力的“制度化民意”——法律。

第三章主要论述实践中的应对。本章第一节首先对美德两国以及极具参考价值的马德里准则的应对理念与机制进行了一番简要的介绍。基于对言论自由的尊崇与保护，这三者对民意均采自由放任的政策，只是会对具备强大的传播与煽动能力的新闻媒体的报道行为进行极其有限的规制；另一方面也只能从司法的角度设立相应的机制以使司法避开民意的冲击。本文对我国在处理民意监督与司法独立冲突问题上的建议亦是基于以上的理论分析与实践经验。但也表明了自己的独特看法：“对于民意只能予以教育与引导”，并提出了具体的做法。

第一章 基本概念

一、民意的界定

自工业时代以来,群众力量崛起,开始积极参与政治、经济、社会生活的各个方面。也是从此时起,各国学者开始注意到了民意,并对民意进行了广泛的研究,切入角度也各不相同(如法学、政治学、传播学、社会学、心理学等领域)。这些研究虽然从一定意义上来说加深了人们对民意的认识,但同时也让民意的内涵更显庞杂,以致在学理上更难对民意进行精确界定,正如美国著名政治学家凯伊(V. O. Key)所说:“要很精确地来谈民意,与了解圣灵的工作没有两样。”^①

美国学者亨尼西(Bernard Hennessy)认为民意是一种“复杂偏好的综合”,且这种综合是“相当数量的一群人针对重要议题表达”的。^②而日本的佐藤彰却持另一种看法:“民意是绝大多数国民的见解和意见,是决定社会和政治问题的最后判决。”^③很明显,这种观点将民意的外延限缩为在整体国民中绝大多数人所支持的见解和意见,而支持者并未达到绝大多数的见解和意见,则并不能被称之为民意。

我国学界对民意的解释也各有不同。张隆栋教授继承了卢梭的思想,将民意视作构建一个社会(或国家)所必须的社会契约的基础,其对“民意”的理解也同佐藤彰一样,都是在意见支持者的人数上选择了绝大多数。他认为,只有大多数社会成员在“与其相关的公共事务或现象”上所持有的“大体相近的意见、情感和行为倾向的总称”才可称之为民意,从而进一步认定,民意是“一切社会机制赖以运行的基础”。^④另外,他认为民意包含“意见、情感和行为倾向”的观点,概括确实比较全面。郑成良教授将民意区分为三种意义上的:一是政治学意义的,主要是“从政治主权角度上来讲的抽象的民意,多会涉及到民主、多数人的意愿等”;二是法学意义上的,即“国家立法机关通过立法将民意法律化、制度化”,法律即“制度化的民意”,就这种意义上而言,法律即民意,两者之间并无冲突,服从法律即服从民意;三是非制度化的民意,司法机关在审理一些社会热点案件时,往往会受到来自于社会的巨大压力,此时“民意往往与具体法律的适用产生

^① 彭怀恩. 政治传播与沟通[M]. 台湾风云论坛出版社有限公司, 2002. 103.

^② 余致力. 民意与公共政策——理论探讨与实证研究[J]. 五南图书股份有限公司, 2002. 37.

^③ [日]佐藤彰等. 民意调查[M]. 周金城等译, 北京:中国对外经济贸易出版社, 1989. 01.

^④ 张隆栋. 大众传媒学总论[M]. 北京:中国人民大学出版社, 1997. 249.

某种冲突”。因此，郑成良教授认为：“民意这一概念在不同的使用场合，词语本身常常具有不同意义。”^①

笔者赞赏郑成良教授的观点。这种敏锐的区分让人更容易理顺民意与法律制度与实践之间的关系。但是笔者也有一些不同的看法。首先，法律是“制度化的民意”没有错，法律属于民意也没有错，但是，法律并不等同于民意，法律只是民意中最具共识性、最基础、最为保护社会成员的自由与权利所必要的那部分民意。因此，除此之外的民意与法律还是会存在诸多冲突的。其次，郑成良教授口中的“民意”，似乎仍然囿于“必须是多数人”这一似是而非的必要条件。实际上，在所有民意干预司法的案例中，干预司法的那种“民意”究竟是不是多数人，没有人做过统计，无论这种“民意”的声音是多么慷慨激昂，无论这种“民意”的支持者有多么群情激奋，没有通过全民公决来统计终究是其绕不过的硬伤，因为，如果无法证明这种“民意”的背后是多数人的支持，那么连“主权在民”这样牵强的理由也无法为此种“民意”干预司法的行为提供似是而非的正当性。更何况，在这些案例中，也常常存在着截然相反的“民意”，到底哪个才代表多数，现实而言，其实无人知晓，也或许两者均非多数意见。在这种情况下，决定缺乏独立与冷静的思考分析能力的人们如何选边站队的往往会是如下心理：越是慷慨激昂，越是群情激奋，就意味着其意见更接近于正义或正确，因而也更应该为自己所信任所支持。当然，只是“慷慨激昂”、“群情激奋”的姿态无法真正从道理上证明其意见的正义性或正确性，其能做到的仅仅是呈现出正义或正确的外观而已，事实或道理如何则另当别论。也正是因为人们的这种心理，在汹涌的浪潮中，理性的声音往往会因为缺乏情绪的感染力而消匿于无声。然而，即便是没有经过认真切实的统计，许多人包括很多学者在内，都在这种声音影响司法的诸多案例中称之为“民意”。从这里也不难看出，“必须是多数人”这种限定，在人们普遍的直观感受中并非“民意”的构成要件。甚至，有些见解与意见背后的支持者明显缺乏广泛的代表性，亦即其支持者便等同于宣扬者，宣扬者背后并不存在“不特定的多数人”^②，尽管这些支持者的人数能够仅仅通过直观就可以确定，但这仍然会被不加分辨地被唤作“民意”。这虽可能是因前已述及的“未经统计”而导致的分辨上的困难所致，但与人们对于“民意”一词的过于随意也脱不了干系，

^① 郑成良. 中美两国司法理念的比较[J]. 法制与社会发展, 2003 (2).

^② 并非“占多数”的意思，请参考行政法上关于“抽象行政行为的相对人”的解释。

无论如何，这终究是约定俗成的一种现实情况。当然，只有单个人坚持的见解与意见，毫无疑问地不属于民意。所以，笔者认为，民意是指在公共事务或现象上，为多个特定或不特定的社会成员所共同秉持并宣扬的意见、情感和行为倾向的总称，它是非官方的，亦非单个人的。而且，民意也有不同的形态：当它的支持者是“特定的多数人”的时候，它的力量往往微乎其微；当它的支持者是“不特定的多数人”，即它可以代表一个具有相似特点（如身份、地位、性别、年龄、职业等）的群体的时候，它便开始影响公权力及其决策；而当它的支持者在全体公民中占一般多数甚至是绝对多数的时候，国家权力将不得不俯首屈从于它。

二、司法独立

司法是指司法机关按照法定职权和法定程序，根据法律审理具体案件的专门活动（本文对司法作狭义理解，不包括检察院的公诉活动）。司法被公认为是维护社会正义的最后一道屏障，司法公正是司法最为根本的目标，是锲而不舍努力追逐的方向。而要实现司法公正这一根本性的目的，司法机关就必须在审理案件的过程中，排除任何来自政府等其他外力的干预，仅仅根据事实和法律作出裁判。换句话说，司法独立是实现司法公正的必要条件，若司法无独立，则司法难公正。对此，美国法学家亨利·米斯曾道：“在法官作出判决的瞬间，被别的观点，或者被任何形式的外部权势或压力所控制或影响，法官就不复存在了。……法院必须摆脱胁迫，不受任何控制和影响，否则他们便不再是法院了。”^①因此，在他看来，司法独立甚至是法院、法官以及司法得以存在的基石，因为若无司法独立，则这些亦名存实亡。为我国推崇备至的马克思也曾言明：“法官除了法律就没有别的上司。”^②换句话说，法官在审判活动中，对行为进行评价的根据只能是法律，而绝不能是政党、社团或其他群体的意志，其中自然就包括民意。国内有些学者也认为：“同样危险的是在成文法国家有法不依、执法不严，而依据社会情绪、社会反映定案。如果我们把顺乎民意奉为具体司法的准则，结果，司法的独立与公正就难保了。”^③总之，排除外界力量的不当影响和干涉是司法活动的应有之义，是实现司法公正的必然要求。因为司法独立的理念在学术界与实务界并无重大争议，而笔者对此也并无独到创见，因此本文便不再赘述。

^① 转引自[英]罗杰·科特威尔. 法律社会学导论[M]. 北京: 华夏出版社, 1989. 236-237.

^② 马克思, 恩格斯. 马克思恩格斯全集[M]. 北京: 人民出版社, 1961. 77.

^③ 陈端洪. 司法与民主: 中国司法民主化及其批判[J], 中外法学, 1998, (4).

第二章 民意监督与司法独立冲突的原因与实质

第一节 民意监督与司法独立冲突的原因

一、民意的缺陷

因为民意的背后是群体，所以民意的特点往往要归因于群体。概括而言，民意主要有如下四个特点：1.非专业性；2.非理性；3.不稳定性；4.易受操控性。

（一）非专业性

刑事司法具有自身专业特点与规律。但刑事司法案件本身或多或少都包含着对依法确定有罪的犯罪人的道德谴责。一般公民或许不会对法律、对刑事司法有着很深入的了解，但每个人都有自己的道德观，虽然在事实上其实存在着千差万别的道德观，而且有此有彼、有高有低、有多有少、有宽有严。但是毕竟法律也脱胎于道德，但它是将最基本的共识性道德经制度化而确定下来的道德，它因为经过专业与技术的深层处理，而具有严密周严的逻辑性与明晰难易的确定性，更重要的是，如果是在现代宪政国家，即便是通过代议制而非直接民主进行立法，法律本身也是被视为经过全体公民的同意，因此法律具有因“契约必守”而生的义务性与因同意者是全体公民而致的权威性；同时法律背后的国家机器也为法律提供了强大的强制力。但人们心中的道德丰富而又多变，且除了专业的精英人士以外，多数一般公民的道德观念并未经过足够的加工，还保留着朴素的样貌，因此他们“更习惯于将问题道德化，用好人和坏人的观点来看待问题，并按照这一模式来要求法律作出回应”。^①对于处于社会焦点的司法案件，一般公众未经专业的法律和逻辑训练，对于司法独立、无罪推定、被告人辩护权等法律制度缺乏清楚的认识与了解，仅仅依靠一腔朴素的道德正义感和感性直觉来进行分析判断。不能说这样所得的结论一定与“以事实为依据，以法律为准绳”而应当作出的裁决相去甚远，但两者不一致甚至是直接对立的情况确实出现得更容易。正如汪习根教授所言，“司法强调自身的规律，而民众始终坚持一种外部的立场，他们不参与司法程序，却会提出许多不同的道德主张，或综合直接给予对与错的评价，其中不乏相反的法律命题。”^②

^① 苏力. 送法下乡[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002. 130.

^② 汪习根. 在冲突与和谐之间[J]. 法学评论, 2005 (5).

Degree papers are in the “[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)”. Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库